Tuttavia, la medesima direttiva lascia gli Stati membri affatto liberi di determinare il concreto contenuto di tali criteri, a partire dalla stessa natura del procedimento allocativo (asta competitiva, *beauty contest*, forme miste, mercato).

La direttiva 2002/19/CE (direttiva autorizzazioni) stabilisce che "*Fatti salvi criteri e procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, tali diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie*" (art. 5, comma 2).

La stessa direttiva, all'art. 5, rende chiaro che l'autorizzazione generale *non* comporta l'attribuzione, alle imprese che rivestano i requisiti previsti dalla stessa, di diritti *individuali* d'uso delle frequenze, quale quello invocato da CE7.

L'attribuzione di diritti individuali d'uso delle frequenze può avere luogo, a tenore del ricordato art. 5, all'esito di procedure apposite, con facoltà degli Stati membri di prevedere *ulteriori* procedure specifiche per il caso delle frequenze da utilizzare per attività radiotelevisive.

L'art. 8, infine, consente che i diritti individuali d'uso delle frequenze radio siano assoggettati a "requisiti nazionali", da definirsi in via discrezionale, fermo il rispetto dei principi generali comunitari più volte ricordati di efficienza, trasparenza, non discriminazione.

Infine, la direttiva 2002/77/CE (direttiva concorrenza) prevede, analogamente, che "*Lasciando impregiudicati i criteri e le procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere l'uso di frequenze radio a fornitori di servizi relativi al contenuto delle trasmissioni radiofoniche e televisive al fine di perseguire obiettivi di interesse generale conformemente al diritto comunitario: 1) gli Stati membri si astengono dal concedere diritti esclusivi o speciali di uso di frequenze radio per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; 2) l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*" (art. 4).

Le norme comunitarie attribuiscono espressamente discrezionalità agli Stati membri nel definire "criteri e procedure specifiche" per quanto riguarda l'attribuzione di diritti d'uso di frequenze radiotelevisive, ciò che esclude di per sé che esse possano considerarsi *self-executing*.

Si tratta di disposizioni che, coerentemente con un principio affermato sin dagli albori della giurisprudenza comunitaria in materia televisiva (cfr. C. Giust., 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*), salvaguardano un margine di discrezionalità attribuito a ciascuno Stato per la definizione e l'attuazione di una propria politica radiotelevisiva.

A ciò si aggiunga che, in virtù del principio di specialità,

neppure l'art. 49, Trattato, ove sussistesse il requisito dell'idoneità del preteso illecito ad incidere su scambi intracomunitari, potrebbe attribuire all'appellante situazioni soggettive diverse e più ampie rispetto alle norme attuative contenute nel NQNC (cfr. l'art. 52, Trattato).

Da tutto ciò consegue che né dal NQNC, né dall'art. 49, può desumersi la sussistenza di un diritto od interesse protetto dell'appellante all'ottenimento di frequenze, al di fuori delle regole interne previste in sede di attuazione dello stesso NQNC, come peraltro ha implicitamente ritenuto la stessa Corte di Giustizia, nella sentenza resa in via incidentale nel presente giudizio.

Tuttavia, la carenza dei requisiti di diretta efficacia in capo alle norme comunitarie citate dalla stessa Corte esclude che dalle stesse possano derivare diritti od interessi protetti dell'appellante tutelabili in via diretta nei confronti dello Stato, anche in forma risarcitoria per equivalente.

In conclusione, l'interesse dell'appellante ha oggetto la sola osservanza, nei futuri procedimenti allocativi di diritti d'uso di frequenze per uso radiotelevisivo cui la stessa avrà eventualmente titolo per partecipare, dei criteri di efficienza, trasparenza e non discriminazione posti dalle ricordate disposizioni nazionali di attuazione del NQNC.

7. L'effettivo stato del diritto interno per quanto riguarda la pianificazione e l'accesso alle frequenze

La Corte di Giustizia, come ricordato al punto 49 della

pronuncia resa nel caso presente, sulla base di giurisprudenza consolidata, non è competente ad interpretare disposizioni legislative o regolamentari nazionali: essa assume che il diritto interno abbia il preciso contenuto desumibile dal solo provvedimento di rimessione.

Di conseguenza, il contenuto della sentenza comunitaria risente di alcune imprecisioni contenute, quanto alla ricostruzione del diritto interno, nonché ad alcune circostanze di fatto, in tale provvedimento.

Il Collegio ben potrà, nella decisione definitiva, correggere tali imprecisioni, tenendo nondimeno conto delle indicazioni interpretative che, in base al principio di interpretazione del diritto interno in maniera conforme al diritto comunitario, si desumono dalla decisione della Corte di Giustizia.

L'ordinanza tralascia del tutto l'esistenza del d.lgs. 259/03, ed in particolare della disciplina ivi contenuta in tema di procedimenti allocativi di frequenze, sopra ricordata, oltre che delle consimili norme contenute, sul tema, nella l. 112/04 e nel d.lgs. 177/05.

Inoltre, la medesima ordinanza attribuisce alla l. 112/04 un effetto di "consolidamento dell'occupazione di fatto di frequenze" da parte delle c.d. "reti eccedenti", tralasciando di considerare importanti aspetti della l. 66/01 e della stessa l. 112/04, in modo che risulta determinante nel condurre la Corte di Lussemburgo a ravvisare l'incompatibilità della stessa l. 112/04 con il NQNC.

2.1. Non esiste alcuna situazione di "occupazione di fatto" di frequenze

In primo luogo, va ricordato che *tutte* le reti televisive private italiane, nazionali o locali, eccezione fatta per le reti RAI, nascono da atti di occupazione di frequenze, compiuti anteriormente alla l. 223/90 e disciplinati dalla regola civilistica del preuso.

La l. 223/90 dispose il "*censimento*" delle trasmissioni che, ad oggi, costituisce la base di identificazione delle frequenze di trasmissione delle varie reti.

L'originaria occupazione di fatto, si ripete comune a *tutta* l'emittenza privata italiana (compresa l'appellante e le emittenti locali che componevano il "circuito" da questa guidato), è stata ormai superata da numerosi provvedimenti normativi, ricordati dalla stessa ordinanza, che hanno legittimato l'effettuazione di trasmissioni su frequenze *censite* in attuazione della l. 223/90, così escludendo che possa configurarsi alcuna residua situazione di "occupazione di fatto" di frequenze da parte di chiunque.

2.2. Le ragioni della mancata attuazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze del 1998

Il sistema televisivo privato italiano si è sviluppato, sino ad oggi, in un contesto non pianificato.

L'ordinanza di rimessione ravvisa in sostanza le ragioni di questo fenomeno nella scelta di mantenere attive le reti "eccedenti" il limite anticoncentrativo fissato dalla l. 249/97.

In effetti, se c'è una ragione per lo *sviluppo non pianificato* del sistema radiotelevisivo privato italiano, questa è da identificarsi nell'eccessivo attaccamento al modello fondato sul monopolio

pubblico, visto come miglior strumento di garanzia del pluralismo.

Lo sviluppo non pianificato dell'emittenza privata italiana, a partire dagli anni sessanta e non certo dal 1998, ha generato importanti conseguenze:

- la *saturazione dello spettro*, vale a dire la sostanziale indisponibilità per la pubblica Amministrazione di un portafoglio di frequenze assegnabili non occupate in virtù della regola del preuso (e *non*, si ribadisce, in modo illecito);

- il fatto che l'emittenza nazionale si sia sviluppata tramite progressiva e parziale aggregazione di reti locali, lasciando peraltro un'*amplissima porzione dello spettro nelle mani dell'emittenza locale*, ripartita in un ampio numero di piccoli soggetti attivi a livello regionale o addirittura infra-regionale, spesso non in grado di raggiungere dimensioni d'impresa efficienti.

Considerando il *numero* delle emittenti locali, il sistema televisivo italiano è senza dubbio uno dei *più pluralisti d'Europa*.

La frammentazione dell'emittenza locale, tuttavia, pone problemi di efficienza economica, e quindi di competitività, anche per quanto riguarda l'utilizzo dello spettro.

Più che un problema di pluralismo esiste, dunque, un problema di *razionalizzazione* e di *efficienza*.

I tentativi di pianificazione delle frequenze effettuati in applicazione della l. 223/90 e successivamente della l. 249/97 non hanno avuto esito per via della difficoltà di adeguamento alla pianificazione della situazione *fattuale* di uso dello spettro, formatasi

in applicazione della *regola del preuso,* tenuto conto delle ovvie ragioni di conservazione e valorizzazione degli investimenti effettuati e di continuità del servizio, anche *nell'interesse dell'utenza.*

La stessa ordinanza di rimessione (punto 2.49 della parte in diritto) riferisce come la difesa erariale abbia osservato che "*il piano, tuttavia, si rivelava di non facile attuazione per effetto di alcune controversie giudiziarie sui dinieghi di concessione (Rete Mia, Rete Capri, Rete A)*".

Si tratta di soggetti non beneficiari di concessione, cui il TAR capitolino ha concesso tutela cautelare, nel contesto di giudizi tuttora pendenti, avverso l'ordine di disattivazione degli impianti emesso dal Ministero.

Tuttavia, l'attuazione del Piano avrebbe comportato lo *stravolgimento dell'intera emittenza,* inclusa quella locale, che sarebbe stata costretta a mutare le frequenze e, in non pochi casi, gli stessi siti ove gli impianti sono collocati.

2.3. La l. 66/01, introducendo l'opzione digitale, ha escluso l'attuazione del Piano di assegnazione delle frequenze del 1998, prevedendo nuovi strumenti di tutela della concorrenza e del pluralismo

La l. 66/01 è considerata dall'ordinanza di rimessione poco più che un mero espediente per consentire la prosecuzione dell'attività delle reti "eccedenti", di cui si adombrano, sulle orme delle appellanti, sospetti di elusione del giudicato costituzionale.

Il provvedimento normativo, in effetti, ha un contenuto assai

più ricco e complesso, e deve essere collocato nel contesto della vicenda storica.

Successivamente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 420/94, che aveva ritenuto inadeguato il limite anticoncentrativo fissato dall'art. 15, comma 4, l. 223/90, il legislatore, con l'art. 3, comma 7, l. 249/97 ha acquisito consapevolezza del fatto che lo *sviluppo di nuove piattaforme di trasmissione* può costituire una modalità per coniugare i *due obiettivi* di *passare ad un sistema pianificato* di assegnazione delle frequenze, con i relativi benefici in termini di concorrenza e pluralismo, e *non disperdere il valore connesso* alle reti esistenti.

Si tratta della medesima scelta che, a seguito dell'evoluzione tecnologica, troverà espressione nella *disciplina della digitalizzazione* del sistema televisivo contenuta nelle l. 66/01, 112/04 ed ora nel Testo unico della radiotelevisione (d.lgs. 177/05), con alcuni *importantissimi "aggiustamenti"* derivanti dall'esperienza precedente.

Le nuove piattaforme, infatti, furono inizialmente individuate nel *cavo* e nel *satellite*, verso cui, entro il termine fissato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni avrebbero dovuto "migrare" le reti "eccedenti" il nuovo limite anticoncentrativo fissato dalla stessa l. 249/97.

La sopravvivenza delle stesse reti "eccedenti" quali emittenti via etere veniva tollerata dalla medesima legge esclusivamente per il tempo necessario alla "migrazione": tuttavia, la legge non fissava un

termine finale per il periodo transitorio, demandando tale compito all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che individuò la data finale nel 31 dicembre 2003.

Per questa ragione la Corte Costituzionale, con sentenza n. 446/02 del 20 novembre 2002, ravvisò l'incostituzionalità della disciplina transitoria, *non* in quanto tale, ma esclusivamente per il difetto della *fissazione di un termine certo* per la fine del periodo transitorio, aggiungendo tuttavia che il quadro normativo avrebbe potuto essere modificato, nell'osservanza del precetto costituzionale del pluralismo, qualora nuove opportunità fossero rese possibili dalla tecnologia digitale terrestre.

Secondo la Corte, che ricorda anche le precedenti conformi pronunce sul tema: "*la esigenza di un equilibrato passaggio di riconversione del sistema di trasmissione delle reti eccedenti i limiti anticoncentrativi non esclude la legittimità sul piano costituzionale di un regime transitorio in cui si dilazioni temporaneamente l'applicazione, rispetto a situazioni preesistenti, dei limiti anzidetti.*

Del resto, l'esistenza di un regime transitorio è stata già ritenuta legittima da questa Corte (sentenza n. 420 del 1994), la quale già in precedenza aveva precisato che la fase transitoria non poteva assumere 'di fatto carattere definitivo', senza che la Corte stessa effettuasse 'una diversa valutazione con le relative conseguenze' (sentenza n. 826 del 1988).

La illegittimità costituzionale non investe il regime transitorio in deroga e nemmeno l'attuale prosecuzione, purché

temporaneamente limitata, dell'esercizio delle emittenti in eccedenza rispetto ai limiti anzidetti (combinato disposto dell'art. 2, comma 6, e dell'art. 3, commi 6, 9 e 11)" (C. Cost., sent. 466/02, n. 9).

Dunque, la Corte costituzionale *non* ha mai imposto, al contrario di quanto sostenuto dall'appellante, la dissoluzione di reti esistenti quale strumento di garanzia del pluralismo, ritenendo piuttosto del tutto giustificata l'adozione di adeguate discipline transitorie idonee a contemperare la necessità di salvaguardare e valorizzare gli investimenti esistenti e quella di incentivare l'evoluzione del sistema verso uno scenario maggiormente concorrenziale e pluralista.

Il processo di digitalizzazione inizia circa un anno prima della sentenza 466/02, con la l. 66/01.

La stessa sentenza, affermata la legittimità costituzionale della fissazione al 31 dicembre 2003, da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, aggiunge che: "*È appena il caso di precisare che la presente decisione, concernente le trasmissioni radiotelevisive in ambito nazionale su frequenze terrestri analogiche, non pregiudica il diverso futuro assetto che potrebbe derivare dallo sviluppo della tecnica di trasmissione digitale terrestre, con conseguente aumento delle risorse tecniche disponibili*" (C. Cost., sent. 466/02, n. 11).

Ancora una volta, il Giudice delle leggi ribadisce che non vi è illegalità costituzionale derivante dalla sopravvivenza delle reti "eccedenti" *in quanto tale*, e che l'aumento delle risorse tecniche di trasmissione consentito dalla tecnologia digitale rappresenta

un'opportunità da sfruttare per incrementare il pluralismo del sistema, evitando la dannosa distruzione dell'esistente.

La nuova disciplina della l. 66/01, che compie la svolta di sistema verso la tecnologia digitale, come accennato, si distingue nettamente dalla precedente l. 249/97, pur condividendo la scelta di fondo di incentivare lo sviluppo di nuove tecnologie trasmissive come strumento di apertura del mercato.

In effetti, la grande differenza tra la l. 249/97 e la disciplina successiva è data dal fatto che la prima considerava la *convergenza* tra televisione e telecomunicazioni come un *dato del futuro*, rispetto a cui predisponeva un quadro regolatorio, destinato appunto a valere per un momento indefinito del futuro.

La l. 66/01 e la successiva l. 112/04, al contrario, si preoccupano di *realizzare in fatto* le condizioni necessarie affinché la digitalizzazione, presupposto per la convergenza, possa avere luogo.

Inoltre, al contrario di quanto accadeva con la l. 249/97, viene posto un *termine finale* per il processo di digitalizzazione (31 dicembre 2006, prorogato al 31 dicembre 2008, e quindi al 2012, termine ultimo comunitario).

La l. 66/01 prevede la redazione di un nuovo piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale terrestre, destinato a sostituire integralmente il piano analogico del 1998; ciò è ulteriormente chiarito dall'art. 23, comma 9, l. 112/04 (ora art. 28, comma 1, d.lgs. 177/05), che assegna a tale piano la sola limitata funzione di repertorio di siti, utilizzabili per la ricollocazione degli

impianti che superano o concorrono a superare le soglie di cui alla disciplina in tema di inquinamento elettromagnetico.

Il nuovo sistema normativo si basa su un sistema di *incentivi* ed *obblighi* che attribuiscono alle *attuali concessionarie*, soprattutto quelle attive attraverso più di una rete, un ruolo di "pionieri" della digitalizzazione, tramite la sperimentazione, da effettuare mediante reti "aperte", una quota della cui capacità trasmissiva (40%) è riservata a fornitori di contenuti terzi (art. 2 *bis*, l. 66/01, attuato con delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 109/07/CONS, modificativa della delibera 435/01/CONS).

Non sembra fuori luogo ricordare che l'art. 8, par. 2, direttiva quadro, in particolare, alla lett. c) prevede che gli Stati membri promuovano la concorrenza nelle reti e nei servizi di comunicazione elettronica tra l'altro "*incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione*", nonché, secondo la lett. d), "*incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze*".

La scelta, compiuta dal legislatore italiano, *di procedere alla completa digitalizzazione del sistema televisivo*, prevedendo a questo fine un ruolo specifico per i concessionari nazionali già attivi, *anziché dare attuazione al piano di assegnazione delle frequenze in tecnica analogica*, appare coerente con i criteri comunitari di incentivazione dell'innovazione e del razionale sfruttamento dello spettro (sembra essere questo, in effetti, l'effettivo oggetto del quesito, desumibile soltanto all'esito di apposita operazione ortopedica).

A dimostrazione, basti ricordare *l'incremento delle possibilità di sfruttamento dello spettro consentito dalla tecnologia digitale* (con possibile apertura anche alle nuove tecnologie come il dvb-h, che rende il segnale televisivo fruibile tramite terminali mobili, come i telefoni portatili); rispetto all'ipotesi di dare attuazione al piano analogico, la digitalizzazione presenta evidenti vantaggi in termini di numero di reti e di programmi trasmissibili da ciascuna rete, con le relative conseguenze in termini di apertura concorrenziale dei mercati e di pluralismo.

La l. 66/01 prevede, quindi, regole asimmetriche a carico degli *incumbent*, compresa Mediaset, che sono in sostanza obbligati a farsi carico, a proprio rischio, di buona parte dei *costi della digitalizzazione*.

Innanzitutto, la l. 66/01 abilita *tutti* i concessionari, *compresa l'appellante*, alla sperimentazione digitale, consentendo a questo fine l'acquisizione di impianti.

Tuttavia, ai concessionari nazionali attivi attraverso più di una rete viene imposto lo specifico obbligo di cedere a terzi almeno il 40% della capacità trasmissiva di ciascun blocco di trasmissioni digitali, a condizioni eque e non discriminatorie.

Dunque, non vi sono discriminazioni tra concessionari quanto all'accesso alla sperimentazione, ed è consentito il *trading* degli impianti e quindi delle frequenze, procedimento senza dubbio idoneo ad assicurare trasparenza, efficienza e non discriminazione, per ampliare e razionalizzare le reti esistenti.

Terzi possono accedere al mercato tramite l'acquisizione di una concessionaria anche locale, ed ampliarne la rete eventualmente sino al livello nazionale

L'obbligo di *must carry* imposto ai concessionari pluri-rete fa sì, per la prima volta nel sistema televisivo italiano via etere, che soggetti non titolari di infrastrutture di rete possano accedere al mercato televisivo; con la citata delibera 109/07/CONS l'Autorità di settore ha previsto che la cessione di capacità trasmissiva avvenga esclusivamente nei confronti dei soggetti aventi titolo selezionati all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica, gestito dalla stessa Autorità.

2.4. La delibera 435/01/CONS, in coerenza con il d.lgs. 259/03, prevede l'obbligo di restituzione delle eventuali frequenze ridondanti

I principi posti dalla l. 66/01 trovano puntuale attuazione nel regolamento in materia di televisione digitale terrestre di cui alla delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 435/01/CONS.

In primo luogo, va rilevato che questa, contrariamente a quanto si legge al n. 115 della sentenza della Corte di Giustizia, l'art. 35, comma 2 della delibera citata stabilisce che: "*Allo scopo di ottenere la licenza i soggetti che abbiano ottenuto l'abilitazione, conformemente alle previsioni del piano di assegnazione delle frequenze, devono impegnarsi a ... trasferire tutti gli impianti sui siti di piano secondo i tempi e modi di cui all'articolo 32; adottare*

prontamente le variazioni delle frequenze di emissione che saranno comunicate dal Ministero delle comunicazioni; cessare l'emissione su frequenze non necessarie allo scopo della licenza".

Di conseguenza, non è corretta l'affermazione contenuta nel citato passaggio della pronuncia comunitaria, secondo cui la l. 66/01 e la l. 112/04 avrebbero attribuito agli operatori esistenti un diritto d'uso delle frequenze *sine die*, e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti, al termine della fase transitoria.

All'esatto contrario, l'effettuazione delle trasmissioni digitali a regime presuppone il rispetto del piano, nonché la cessazione immediata delle trasmissioni sulle frequenze che, secondo i criteri di piano, non sono necessarie per il funzionamento delle reti.

Come sarà esposto *infra*, l'attività di attuazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale, in corso da parte dell'Autorità di settore e del Ministero, ha già portato alla creazione di un *digital dividend*, che costituirà oggetto di procedimenti allocativi, secondo quanto previsto dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

2.5. La l. 112/04 ha condizionato la sopravvivenza delle concessioni analogiche esistenti a precisi requisiti in termini di digitalizzazione

L'ordinanza di rimessione considera la l. 112/04 una mera, ulteriore protrazione dell'esercizio delle reti "eccedenti", con il conseguente effetto di preclusione all'accesso alle frequenze ai danni dell'appellante.

La l. 112/04 deve tuttavia essere considerata nella sua integrità, ed alla luce del nuovo contesto in cui essa si colloca, determinato dall'"opzione digitale" compiuta con la l. 66/01.

Innanzitutto, la l. 112/04 non si è affatto limitata a protrarre a tempo indefinito la sopravvivenza delle reti "eccedenti", attraverso il c.d. "generale assentimento" di cui all'art. 23, comma 1: questa disposizione consente, in effetti, la sola sperimentazione delle trasmissioni digitali da parte dei soggetti già operanti, e la successiva richiesta del definitivo titolo abilitativo a tali trasmissioni, alle condizioni previste dal comma 5 dell'art. 23 (ora autorizzazione generale, ai sensi dell'art. 15, comma 1, d.lgs. 177/05 e 25, d.lgs. 259/03).

Non si tratta quindi di una norma di consolidamento dell'esistente, bensì di un *incentivo alla digitalizzazione* delle reti, volto, secondo l'ottica già evidenziata, a rendere possibile in fatto la transizione verso la nuova tecnologia.

Viceversa, la sorte di *tutte* le concessioni ed autorizzazioni analogiche nazionali, comprese ovviamente quelle rilasciate alla controllata Mediaset società R.T.I. – Reti Televisive Italiane S.p.A. era disciplinata dall'art. 25, l. 112/04 (v. anche l'art. 23, d.lgs. 177/05), che *non* prevedeva alcun consolidamento o proroga automatica.

Al contrario, l'art. 25, ha dettato una disciplina che *condizionava* in sostanza la *sopravvivenza dei concessionari nazionali analogici*, compreso il gruppo Mediaset, alla

digitalizzazione delle reti, nonché alla presenza di alcune condizioni generali a livello di sistema televisivo, da accertarsi dall'Autorità di settore.

Il comma 3 dell'art. 25 (riprendendo la disposizione di cui all'art. 1, comma 3, d.l. 352/03, convertito in l. 43/04), demandava a questa lo svolgimento di un'analisi dello stato di diffusione e delle prospettive del digitale terrestre, anche con riferimento all'effettiva presenza nel sistema digitale di programmi diversi da quelli diffusi in via analogica, imponendo all'Autorità, in caso di esito negativo, l'adozione di provvedimenti anticoncentrativi ai sensi dell'art. 3, comma 7, l. 249/97.

L'Autorità ha portato a termine l'analisi, rilevando la sussistenza delle condizioni per un rapido sviluppo dell'offerta digitale, con *Relazione al Parlamento ed al Governo sullo sviluppo del digitale terrestre*, pubblicata in data 27 maggio 2004.

Soprattutto, il comma 11 dell'art. 25 subordinava la proroga delle concessioni sino allo *switch-off* ai due requisiti, da realizzarsi entro il 25 luglio 2005:

- dell'"*effettivo ampliamento delle offerte disponibili e del pluralismo nel settore televisivo previsti dalla Corte costituzionale*" (requisito esogeno rispetto alle singole imprese) e, per quanto riguarda i concessionari nazionali,

- della trasmissione in *simulcast* digitale con copertura di almeno il cinquanta per cento della popolazione nazionale (requisito endogeno legato agli investimenti affrontati da ogni singolo

concessionario per la digitalizzazione).

La completa diversità dei presupposti di rilascio della "proroga" rispetto a quelli cui era subordinato l'ottenimento dell'originario titolo concessorio induce a ritenere che la medesima "proroga", al di là del suo *nomen iuris*, costituisca un vero e proprio nuovo titolo abilitativo, interamente funzionale alla transizione verso il digitale.

La tesi dell'appellante (pagg. 27 e segg. del ricorso in appello), secondo cui la disciplina di cui al d.l. 352/02 ed alla l. 112/04 costituirebbe un mero "mascheramento" della "proroga del precedente regime analogico transitorio" è un'evidente forzatura.

A tacer d'altro, essa tralascia il fatto che *tutti* i concessionari analogici che hanno inteso beneficiare della proroga ai sensi dell'art. 25, inclusa ovviamente RTI, anche per quanto riguarda "Retequattro" hanno dovuto affrontare *importanti investimenti* per la digitalizzazione degli impianti e/o l'acquisizione sul mercato di nuovi impianti da digitalizzare (ai sensi dell'art. 23, comma 3, l. 112/04, ora art. 27, d.lgs. 177/05).

Come meglio si vedrà *infra*, l'appellante si è viceversa ben guardata dallo spendere alcunché nell'allestimento, ed a maggior ragione nella digitalizzazione della propria rete, preferendo coltivare infondate pretese risarcitorie nei confronti della collettività.

2.6. La l. 112/04 ha ridefinito il sistema di tutela della concorrenza e del pluralismo, in modo che impedisce la residua configurabilità di reti "eccedenti"

L'art. 25, comma 8, l. 112/04 (ora ripreso dall'art. 43, comma 8, d.lgs. 177/05), sempre subordinatamente al positivo esito dell'accertamento demandato all'Autorità di settore circa l'andamento della digitalizzazione, pone un *limite anticoncentrativo specifico per la fase transitoria*, pari al venti per cento, "*calcolato sul numero complessivo dei programmi televisivi concessi o irradiati anche ai sensi dell'articolo 23, comma 1, in ambito nazionale su frequenze terrestri indifferentemente in tecnica analogica o in tecnica digitale*".

Tuttavia, "*i programmi televisivi irradiati in tecnica digitale possono concorrere a formare la base di calcolo ove raggiungano una copertura pari al 50 per cento della popolazione*".

La norma citata da un lato pone un limite fisso alle capacità d'espansione delle imprese, e dall'altro congegna questo limite in modo che svolga anch'esso una funzione di incentivo alla digitalizzazione, soprattutto per quanto riguarda i concessionari analogici attivi attraverso più di una rete, come RTI.

Di conseguenza, l'art. 28, lett. f), l. 112/04 abroga espressamente il precedente limite anticoncentrativo di cui all'art. 2, comma 6, l. 249/97.

Ciò impedisce di ravvisare, a partire dall'entrata in vigore della l. 112/04, la residua esistenza di reti "eccedenti": tutte le reti sono sottoposte al citato limite, né ad oggi l'esponente è titolare di alcuna rete "eccedente" tale limite.

Alle pagg. 27 e segg. del ricorso in appello, l'appellante lamenta l'inadeguatezza di tale limite, per via del fatto che sarebbero

considerate "nazionali" reti digitali che coprono poco più del 50% del territorio, con i conseguenti dubbi di compatibilità con la tutela costituzionale del pluralismo.

Si tratta di una questione all'evidenza *irrilevante*, poiché in qualsiasi modo sia costruito il limite non potrebbe derivarne la conclusione della fondatezza delle pretese risarcitorie avversarie, né a maggior ragione quella della domanda di adempimento di un rapporto concessorio ormai scaduto.

Tuttavia, la tesi avversaria è altresì manifestamente *infondata*: la soglia minima del 50% di copertura delle reti digitali, come accennato, non mira ad incrementare il numero delle reti rilevanti, bensì ad incentivare la digitalizzazione delle reti analogiche, nell'interesse generale.

2.7. Il procedimento di attuazione del Piano di assegnazione in tecnica digitale del 2003 è conforme ai principi comunitari, recepiti dal d.lgs. 259/03

Il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale, previsto dalla l. 66/01, è stato approvato dall'Autorità con delibera 15/03/CONS.

Ai sensi dell'art. 22, comma 1, l. 112/04 (ora art. 42, comma 11, d.lgs. 177/05): "*L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni definisce il programma di attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze radiofoniche e televisive in tecnica digitale, valorizzando la sperimentazione e osservando criteri di gradualità e di salvaguardia del servizio, a tutela dell'utenza*".

L'art. 2 *bis*, comma 5, l. 66/01 prevede l'accelerazione della completa conversione al digitale in aree definite "*all digital*"; a tal fine, il Ministero delle comunicazioni, la Regione Autonoma Sardegna e l'Associazione per la Televisione Digitale Terrestre (DGTVi) hanno sottoscritto un protocollo d'intesa che prevede l'impegno a mettere in atto tutte le attività necessarie per rendere possibile entro il 1 marzo 2008 la transizione al digitale terrestre in tutto il territorio della Regione Autonoma Sardegna.

Consimili protocolli d'intesa sono stati firmati con la Regione Autonoma della Valle d'Aosta, con la Regione Piemonte e con la Provincia Autonoma di Trento.

Con delibera 603/07/CONS l'Autorità ha fissato i "criteri" per la completa digitalizzazione delle reti nella Regione Sardegna (tra questi, ai sensi dell'art. 2, lett. g), l'esigenza di: "*garantire la disponibilità di risorse frequenziali per l'ingresso nel settore televisivo di nuovi operatori di rete*"; la successiva delibera 53/08/CONS, del 5 febbraio 2008, ha definito il piano di assegnazione delle frequenze, tenendo conto degli obblighi internazionali dell'Italia derivanti dall'adesione alla Conferenza sulle telecomunicazioni di Ginevra.

L'art. 2 della citata delibera 53/08/CONS prevede la suddivisione delle frequenze che segue:

"*a) 21 frequenze operanti in banda UHF con copertura di almeno l'80 per cento del territorio sono assegnabili per due terzi*

alle emittenti nazionali e per un terzo alle emittenti locali per la realizzazione di reti isofrequenziali, in base a criteri equi, trasparenti e non discriminatori;

b) 2 frequenze operanti in banda VHF con copertura di almeno l'80 per cento del territorio sono assegnabili ad emittenti nazionali;

c) 6 frequenze operanti in banda UHF e VHF con copertura e della popolazione superiore al 50 per cento sono assegnabili ad emittenti nazionali per la realizzazione di reti isofrequenziali;

d) 10 frequenze con copertura del territorio compresa tra il 50 e il 70 per cento sono assegnabili alle emittenti locali per la realizzazione di reti isofrequenziali a copertura pluriprovinciale o provinciale;

e) 5 frequenze con copertura del territorio compresa tra il 50 e il 70 per cento non sono, in prima applicazione, assegnabili, e sono riservate per esigenze di coordinamento internazionale".

La delibera prevede, salva la possibilità di ulteriori assegnazioni all'esito del coordinamento internazionale delle frequenze, che le frequenze disponibili siano assegnate in modo conforme al piano, in modo che salvaguarda le trasmissioni esistenti, ma rende possibile al contempo l'avvio dell'attività di nuove reti (le cui frequenze saranno assegnate nel rispetto dei principi comunitari),

a seguito del più razionale ed efficiente sfruttamento dello spettro radio reso possibile dalla pianificazione, nonché dalla cessazione delle trasmissioni sulle frequenze non previste dal piano, da parte degli operatori già attivi.

L'operato dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, delle Regioni citate e dell'Associazione DGTVi rappresenta un cambiamento di importanza storica nel sistema televisivo italiano.

L'attuazione della pianificazione per aree regionali esclude il rischio di stravolgimenti dell'esistente in cui incorse la pianificazione analogica del 1998, ed assicura una celere ed ordinata transizione verso il digitale, con progressiva "liberazione" di frequenze da assegnare anche a soggetti nuovi entranti.

L'appellante potrà, come è ovvio, partecipare ai prossimi procedimenti allocativi di frequenze resi possibili dalla pianificazione, qualora possegga i relativi requisiti.

2.8. La disciplina successiva alla l. 66/01 prevede l'accesso dell'appellante al procedimento allocativo delle frequenze rappresentato dal mercato

La disciplina del processo di digitalizzazione non ha alcun contenuto discriminatorio ai danni dell'appellante che, al contrario di quanto da essa sostenuto, non ha incontrato alcuna preclusione assoluta all'accesso alle frequenze.

All'esatto contrario, l'appellante ha avuto la possibilità, come le altre concessionarie, abilitate alla sperimentazione digitale dalla l. 66/01, di acquistare impianti, e quindi frequenze televisive, per la loro

digitalizzazione (ai sensi dell'art. 23, comma 3), ora art. 27, comma 1, d.lgs. 177/05), ma anche, con disposizione speciale, per il loro uso in tecnica analogica.

L'art. 1, comma 1, d.l. n. 5/2001, convertito in l. n. 66/2001, stabiliva che "*i soggetti, non esercenti all'atto della domanda, che ottengono la concessione possono acquisire impianti di diffusione e connessi collegamenti legittimamente eserciti alla data di entrata in vigore del presente decreto*" (identica disposizione è ora prevista dall'art. 27, comma 2, d.lgs. 177/05).

Dunque, l'appellante avrebbe potuto beneficiare di una modalità allocativa per sua natura trasparente e non discriminatoria, quale il *mercato*.

Si aggiunga che *tutti* gli altri concessionari, inclusa RTI, anche per quanto riguarda "Retequattro", hanno fatto ampio ricorso al mercato degli impianti/frequenze allo scopo di allestire le reti digitali, anche allo scopo di assolvere ai requisiti previsti dall'art. 25, l. 112/04 per la "proroga" delle concessioni.

La ricchissima casistica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato formatasi in applicazione dell'art. 16, l. 10 ottobre 1990, n. 287 alle operazioni di concentrazione aventi ad oggetto rami d'azienda costituiti da impianti di trasmissione televisiva conferma che, a tutt'oggi, esiste disponibilità di impianti acquistabili, soprattutto presso l'emittenza locale, da chi intenda allestire od ampliare una rete nazionale (per tutte, cfr. la decisione n. 15333, del 10 aprile 2006, *RTI / Ramo d'azienda di Europa TV*, n. 113: "*dai dati*

acquisiti nel corso dell'istruttoria è emersa la sussistenza di un patrimonio frequenziale tuttora a disposizione delle emittenti locali, come dimostra il fatto che, ad oggi, prosegue il trading di frequenze nazionali e locali. Peraltro, coerentemente con quanto già evidenziato dall'Autorità in precedenti occasioni ..., in prospettiva, con il prossimo switch-off *delle trasmissioni televisive analogiche ed il completo passaggio a quelle digitali terrestri, il patrimonio frequenziale che sarà a disposizione degli operatori concorrenti e neo entranti potrebbe essere accresciuto dalla restituzione delle risorse frequenziali analogiche ridondanti*").

La medesima casistica interessa, si ripete, *tutte* le concessionarie analogiche nazionali, nonché il soggetto nuovo entrante H3G S.p.A., che ha allestito una rete di televisione mobile in tecnica Dvb-H mediante l'acquisizione ed il progressivo ampliamento della rete di un'emittente locale lombarda.

Si aggiunga infine che la questione dell'effetto della prosecuzione dell'esercizio delle *ex*-"reti eccedenti" rispetto ai diritti di cui godono altre imprese le quali, pur vincitrici di procedure competitive, non hanno ricevuto frequenze assegnate dallo Stato era già stata sottoposta dall'odierna appellate, con propria denuncia del 18 ottobre 2001, alla Commissione Europea.

In tale denuncia, Centro Europa 7 aveva sostenuto che lo Stato italiano sarebbe venuto meno agli obblighi imposti dagli articoli 3, 10, 82 e 86 del Trattato CE, poiché aveva adottato un provvedimento (decreto ministeriale del 28 luglio 1999 di autorizzazione alla

prosecuzione dell'esercizio di "Retequattro") che avrebbe attribuito un diritto speciale a RTI, con ciò distorcendo la concorrenza a scapito della stessa Centro Europa 7, cui sarebbe stato totalmente precluso l'accesso al mercato.

La Commissione, con provvedimenti del 13 ottobre 2003 e del 4 giugno 2004 ha viceversa ritenuto che "*benché vi siano elevate barriere all'entrata, quali la scarsità di frequenze unita all'ingente investimento richiesto per l'acquisizione o installazione di impianti, esse non sembrano tali da impedire l'accesso di operatori nuovi entranti*" richiamando, a tal proposito, la più volte ricordata disposizione della l. 66/2001 che consente il *trading* di impianti/frequenze.

La Commissione ha aggiunto poi che "*l'abilitazione di RTI non sembra atta a precludere l'accesso al mercato di operatori nuovi entranti*", sottolineando che "*le frequenze e gli impianti utilizzati da Retequattro non sembrano costituire risorse indispensabili per l'accesso di Europa 7 al mercato, in quanto altre società si trovano in una situazione simile a quella di Retequattro e continuano a trasmettere i loro programmi in base a titoli provvisori*".

Con ordinanza in data 16 febbraio 2006, in causa T-388/04, divenuta definitiva, il Tribunale di Primo Grado ha dichiarato irricevibile il ricorso presentato da Centro Europa 7 avverso la decisione di archiviazione.

In conclusione, può escludersi che l'attuale quadro normativo in materia di accesso alle frequenze televisive costituisca violazione

dell'art. 49, Trattato CE e/o del NQNC, così come che dal medesimo possano essere derivati effetti discriminatori ai danni dell'appellante.

8. Difetto di inadempimento agli obblighi concessori imputabile alla P.A.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che l'art. 49, Trattato ed il NQNC ostino all'applicazione di una normativa nazionale "*che conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*".

L'appellante pretende che dalla disapplicazione delle norme che essa ritiene ostative all'adempimento degli obblighi concessori assunti dallo Stato discenda il proprio diritto all'ottenimento delle frequenze, e dunque la condanna dell'Amministrazione resistente all'adempimento.

Un simile esito è in effetti ormai precluso dall'intervenuta estinzione del rapporto concessorio, per scadenza del relativo termine.

Anche a prescindere da questo, tuttavia, dall'eventuale disapplicazione delle norme interne di cui la Corte di Giustizia ravvisa l'incompatibilità comunitaria non potrebbe comunque derivare l'automatica attribuzione di frequenze all'appellante, in difetto del presupposto rappresentato dall'attuazione del Piano nazionale di assegnazione in tecnica analogica.

Si aggiunga che, per la medesima ragione, non sussistono neppure i presupposti di imputabilità del preteso inadempimento

all'Amministrazione resistente, che dovrebbero fondarne la responsabilità ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. e dell'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205.

La mancata attuazione del Piano, che costituisce l'antecedente causale della mancata assegnazione di frequenze a tutte le concessionarie (e non solo all'appellante) è derivata infatti dalle ragioni fattuali già evidenziate anche dalla Difesa erariale, ed in particolare dai provvedimenti cautelari che hanno consentito la prosecuzione dell'esercizio di reti prive di titolo, oltre che dalle insormontabili difficoltà derivanti dalla necessità di modificare le frequenze, e spesso anche i siti, di trasmissione pressoché della totalità dell'emittenza nazionale e locale.

9. Non configurabilità di una responsabilità della P.A. per illecito comunitario nel caso presente - Difetto dei requisiti

Non sembra neppure configurabile, tuttavia, l'effetto di disapplicazione dell'esimente della responsabilità aquiliana dell'Amministrazione rappresentato dall'applicazione delle norme indirettamente censurate dalla Corte di Giustizia.

A prescindere dal dirimente profilo di inammissibilità della domanda risarcitoria extracontrattuale rappresentato dal fatto che essa è stata formulata per la prima volta in appello, la pronuncia della Corte di Lussemburgo non esime dalla verifica dei presupposti della responsabilità civile dell'Amministrazione per l'ipotizzata violazione dell'interesse di origine comunitaria vantato dall'appellante.

Tali presupposti sono stati chiariti dalla stessa Corte di Giustizia, ad avviso della quale: "*per quanto riguarda le condizioni nelle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, emerge dalla giurisprudenza della Corte che esse sono tre, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi*" (C. Giust., 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, n. 51; Id., 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, n. 36).

Quanto al primo requisito, la necessità che, affinché sorga in capo all'Amministrazione un dovere di disapplicazione della norma interna contrastante con una disposizione comunitaria, quest'ultima sia munita di diretta efficacia, vale a dire sia volta ad attribuire in via diretta diritti ed obblighi ai singoli, è stata chiarita sin da C. Giust., 22 giugno 1989, causa 103/88, *F.lli Costanzo c. Comune di Milano*, n. 31, che costituisce il *leading case* in tema di obblighi di disapplicazione in capo alla P.A.

Come si è visto *supra*, nel caso presente difettano i presupposti della diretta efficacia delle disposizioni del NQNC dalla cui violazione deriverebbe il danno lamentato dall'appellante.

Quanto al secondo requisito, la stessa sentenza *Köbler*, al n. 55, chiarisce che al fine di determinare la natura grave e manifesta della violazione del diritto comunitario occorre considerare "*il grado*

di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria" (v. anche C. Giust., 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, n. 32; Id., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*; Id., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame*).

La complessità della disciplina interna e comunitaria della materia radiotelevisiva, e la stessa posizione espressa dalla Commissione Europea sulla denuncia di Centro Europa 7 dell'ottobre 2001 inducono certamente a ritenere scusabile l'eventuale errore di diritto commesso dall'Amministrazione resistente nel non attribuire frequenze all'appellante; a maggior ragione, tale "errore" deve essere considerato scusabile in considerazione della posizione assunta sul ricorso avversario dal Giudice di prime cure, che ha ritenuto la piena legittimità del comportamento del Ministero.

L'insussistenza, nel caso presente, di una violazione grave e manifesta del diritto comunitario è ulteriormente dimostrata dal principio affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Dillenkofer*, secondo cui: "*una violazione è sufficientemente grave e manifesta quando un' istituzione o uno Stato membro, nell' esercizio del suo potere normativo, ha violato in modo grave e manifesto i limiti posti al suo potere discrezionale ... e, in secondo luogo, nell'ipotesi in cui lo Stato membro di cui trattasi, al momento in cui ha commesso la*

trasgressione, non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta".

L'evoluzione del diritto comunitario delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, ed in particolare le disposizioni del NQNC in tema di concessione di diritti d'uso di frequenze per utilizzo radiotelevisivo, mostrano come lo Stato membro non sia affatto privo di discrezionalità, ma goda, viceversa, dell'espressa libertà di stabilire criteri e procedure di assegnazione specifiche.

Si aggiunga che gli elementi decisivi della motivazione della pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso presente si rinvengono nel NQNC, vale a dire una serie di disposizioni comunitarie successive di vari anni rispetto ai fatti di cui l'appellante si duole.

Quanto infine al nesso causale, tra l'asserita violazione del diritto comunitario ed il danno lamentato dall'appellante si frappongono almeno due elementi, idonei a far venire meno il nesso di causalità immediato e diretto, di cui agli artt. 1223 e 2056, cod. civ.:

- la mancata attuazione del Piano analogico di assegnazione delle frequenze, determinata come si è visto da cause esogene rispetto all'Amministrazione e
- la decisione autonomamente assunta dall'appellante di

non avvalersi della facoltà di acquistare sul mercato gli impianti/frequenze necessari all'avvio delle trasmissioni, nonostante la legge lo consentisse in modo espresso.

10. Difetto di nesso causale – Fatto doloso/colposo del danneggiato

La risarcibilità del danno, specialmente nell'astronomica misura domandata dall'appellante, deve dunque essere esclusa sia per difetto di nesso causale, sia per l'evidente violazione del dovere di mitigazione del danno di cui all'art. 1227 cod. civ.

Quanto al primo aspetto, la scelta dell'appellante di non acquistare impianti/frequenze ben può definirsi dolosa, e quindi idonea ad interrompere il nesso causale tra asserito illecito dell'Amministrazione e danno.

Basti rilevare che Centro Europa 7 assume di aver subito un danno emergente, alla data del deposito del ricorso di prime cure, pari a 100.000.000,00 di euro, disponendo di un patrimonio aziendale stimabile in oltre 3 miliardi di euro (pag. 16-17 del ricorso in appello).

Sembra evidente che, disponendo di tali risorse, l'appellante ben avrebbe potuto acquistare impianti idonei a costituire una rete di trasmissione: viceversa, essa ha preferito spendere le stesse in investimenti rivelatisi improduttivi, proprio per la carenza della rete di trasmissione (peraltro ben nota alla stessa appellante), e soprattutto avanzare e coltivare una domanda di risarcimento danni, a carico della collettività, palesemente strumentale.

Anche ove il comportamento dell'appellante dovesse

considerarsi colposo, dovrebbe discenderne una notevolissima riduzione, se non l'azzeramento, dell'importo riconoscibile a titolo di risarcimento: non è infatti ipotizzabile che l'Amministrazione debba farsi carico del danno emergente e delle perdite (quantificate nell'ordine di quasi un miliardo di euro) che la stessa appellante avrebbe potuto facilmente evitare investendo le proprie risorse in maniera coerente con la diligenza esigibile dall'imprenditore, e specialmente dal concessionario pubblico.

11. Sulle questioni di costituzionalità sollevate dall'appellante

Quanto sin qui esposto dovrebbe aver mostrato l'irrilevanza e la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale che l'appellante vorrebbe fossero sollevate in relazione agli artt. 23 e 25, l. 112/04, nonché al d.l. 352/03, e relativa legge di conversione, sotto il profilo della violazione del giudicato costituzionale di cui alle sentenze 420/94 e 466/02, nonché del principio pluralistico.

Le questioni di costituzionalità sono irrilevanti poiché in nessun caso la declaratoria di incostituzionalità potrebbe condurre alla reviviscenza degli obblighi derivanti dal rapporto concessorio, ormai estinto, tra lo Stato e l'appellante, né potrebbe produrre effetti ulteriori e diversi rispetto a quelli già derivanti dalla pronuncia resa dalla Corte di Giustizia, anche per quanto riguarda le domande risarcitorie, che resterebbero pur sempre fondate sulla lesione di una situazione soggettiva di origine comunitaria, non potendosi configurare alcuna tutela risarcitoria fondata in via diretta sull'applicazione del principio pluralistico.

Le questioni di legittimità costituzionale proposte dall'appellante sono, altresì, manifestamente infondate: tutta la disciplina transitoria della digitalizzazione mira *non* al consolidamento dell'esistente ed alla soppressione di voci "*alternative*", bensì alla creazione dei presupposti fattuali affinché la migrazione tecnologica, con i conseguenti benefici in termini di pluralismo, possa essere realizzata.

Il legislatore, come si è visto, ha scelto di ottenere questo risultato mediante una serie di incentivi ed obblighi posti soprattutto a carico dei concessionari già attivi sul mercato, che comportano importanti investimenti.

L'appellante ha deciso, in piena autonomia, di non affrontare questi investimenti, e tenta ora, in modo strumentale, di ricondurre le conseguenze della sua scelta ad inesistenti profili di incostituzionalità della disciplina.

P.Q.M.

si confida nella declaratoria di inammissibilità del presente appello e comunque nel suo rigetto. Con ogni ulteriore pronuncia di legge anche in ordine alle spese ed agli onorari di lite.

Roma, 29 aprile 2008

Avv. Luigi Medugno

Prof. Avv. Giuseppe Rossi

N.B. La presente memoria viene depositata in data odierna a seguito di accordo intervenuto con tutte le parti del giudizio.